# EN LA CAVSA DE ALFOCEA.

POR AGVSTIN BATISTA SERON.

*Respuesta a las dudas sobre el vinculo.*

## Primum Dubium.

*DOña Isabel Diez de Aux en el testamento de su padre està llamada a la sucession de Alfocea en caso de morir su hermano Martin menor de edad, y sin hijos, y descendientes legitimos; y assi auiendo muerto Martin mayor de edad a faltado la condicion, sin embargo de auer muerto sin hijos legitimos, por estar las dos condiciones copuladas, y ser necessaria la existencia de entrambas. Lo qual en este Reyno por auer de estar a la carta; parece tiene menos disputa, y es mas precisso, pues no son incompatibles, y se pueden verificar las dos; y es verdadero dezir, que el que muere menor de edad muere sin hijos legitimos, y descendientes de aquellos legitimos; y sin embargo, que por euitar el vicio de la superfluidad aya algunos DD. que les parezca se han de entender disiunctiue; pero lo contrario lleuan otros; y essa razon queda vencida con que por euitar esse incombeniente, se incurre en otro mayor; que es alterar la letra para quitar la facultad de estar al heredero, y la disposicion entre viuos, grauandolo en mas casos, que quiso el testador, contra su expressa voluntad, la qual se presume siempre ser de grauar menos al heredero, à cuyo fauor copulò las dos condiciones.*

IVS, & norma loquendi penes populum est, *l. labeo de supelectili legata, l. liberorum, §. quod tamen Cassius cum ibi not. de legat. 3. & plene in cap. ex litteris de spons.* De aqui tomaron las palabras su sentido, é intelligencia; y de aqui la tomaron los drechos; y assi nosotros deuemos entenderlas, conforme los drechos las entienden: De aqui se sigue, que vna misma palabra la entienden los drechos en su sentido proprio regularmente, y en sentido improprio en otros casos, vt passim apud *Barbo. de d &t. vsu freq.* y el que en los casos, en que conforme a drecho deue entenderse la diciõ, en sentido menos proprio, quiere entenderla en su sentido propio, va contra la carta; porque el estar ala carta no es estar a lo riguroso de la propiedad de la letra en su corteza, sino el estar a la mente propria, ô impropriamente explicada conforme el vso de hablar, y disposiciones de drecho en aquellos casos, como fundè en la alegacion vltima, respondiendo a la duda, que se me diò del *consejo* 4. *de Casanate*, y dizese impropia, para hazer distincion de la significacion propia, y rigurosa, y no porque entonces se entienda con impropiedad, antes bien con mucha propiedad se deue entender impropriamente en aquellos casos; y essa inteligencia es la conforme a la carta, y la que con mayor razon deuemos seguir en este Reyno.

De aqui se origina, que aunque regularmente conforme su propiedad la diccion, *E T* copula y vne cosas diuersas, esta regla tiene infinitas excepciones, tan ciertas y seguras, como la regla de que ha nacido el dezir algunos DD. de cuyo numero es *Alciato en el consejo* 50. *num.* 2. que la diccion *E T*, *no tiene propia naturaleza, sino que se aplica conforme los casos, y sazo*

*nes en que se vsa de ella*; & quod *stat augmentatiue*, vt dixi in alia allegatione. Et quod *natura copulæ sit extensiua, & non restrictiua, ex Bal. & alijs tradit. Alex. consil.* 101. *num.* 8. *lib.* 3. Y que en el legado dexado *Doctoribus iuris canonici, & iuris ciuilis, non est necessarium vtriumque gradum, sed sufficit quod sit doctor iuris canonici tantum, vel iuris ciuilis tantum.* Y lo mismo en el legado dexado *militibus, & doctoribus*, y otras infinitas excepciones que traen *Cenedo, singul.* 50. *Barb. dic.* 110. y los demas que aleguè en el vltimo papel.

Entre las excepciones de la regla de la coniunctiua las que hazen mas a mi proposito son las siguientes. Primò, la que trae *Alex. cons.* 64. *num.* 6. *lib.* 7. ibi: *Fortificantur prædicta; quia quando resultat absurdum, vel intellectus incongruus, quod dictio ET retineat suam propriam naturam, tunc resoluitur in districtiuam, vt per Bart. &c.* Secundo *quando coniunctiua ponitur inter inter incompatibilia seu repugnantia*, vt per supra allegatos, quibus addendus, *Fusar. de fidei subst. quæst.* 455. *num.* 11. Y en suma es regla sin falencia, que la diccion *ET*, en ningun caso sumitur copulatiuè; quando de contraria mente testatoris apparet, *Alex. consi.* 110. *n.* 14. *lib.* 3. ibi: *Et quando copula addycitur vni dispositioni requiritur concursus, nisi quando mens disponentis sit in contrarium, l. Lucius, §. Cayo ad Treb. &c.* es puntualissimo el lugar de Alciato, en el *d. consil.* 50. *num.* 2. y el mismo *Alex. en el consejo* 130. *num.* 8. *lib.* 2. dixo. *Copula dissolbitur in disiunctiuam ex coniectura-ta mente testatoris, sicut disiunctiua resoluitur in coniunctiuam, l. si quis ducenta, §. si pater, ff. de re. dub. l. generaliter C. de inst. & subst. est enim in vtroque cassu eadem ratio &c.*

Se-

Segun lo dicho, resta aora aueriguar, si estamos en el caso de la regla, ò de la excepcion; porque si estamòs en alguno de los casos de la excepcion, el querer entender la diccion, *ET* segun su propiedad, conforme la regla, será ir expressamente contra la carta; pues como diximos, tan cierta es la excepcion en su caso, como lo regla en el suyo.

En estas condiciones, *si muriere menor de edad, y sin hijos, y descendientes legitimos*, estamos en los casos de la excepcion; por lo inuerificable de la condicion *sine liberis*; en la menor edad, y por la repugnancia entre las dos condiciones, y absurdo, y contrariamente del testador; porque si bien es verdadero dezir, que el menor muere sin hijos y descendientes legitimos; pero no es verdadero dezir, que puede morir con ellos; & de natura conditionis est, quod se possit habere ad esse & non esse, *Bart. in l. ex facto, §. fin. ad Trev. Aretin. in l. gerit num. 7. de adquir. haret. Grat. decis. 47. num.* 20. Y assi esta condicion de morir sin hijos, y descendientes legitimos, respecto del menor, conforme su naturaleza, no es verificable; pues no puede tener hijos, y descendientes legitimos; y assi en este caso no solo se considera el absurdo de la superfluydad (como señala el motiuo) sino lo inuerificable de la condicion quo ad vtramque partem; y assi para que se pueda hazer verificable en la parte de tener hijos, es precisso darle ensanche en la maior edad; pues en la menor sola no cabe.

Y esta es la razon a mi ver mas eficaz (aunque algunos solo traen la de la superfluydad, pareciendoles bastante) por donde se mueuen los DD. que siguen esta parte; pues todos, ô los mas se fundan en que el menor no puede tener hijos, y no niegan el que se verifique

en

en el, la otra parte de la condicion de morir sin ellos, pues como dixo *Alciato in l. Centurio de vulg.* hablãdo del menor, *Cum maxime sine liberis decedat, qui etiam si vellit habere eos non possit.*

De aqui se sigue, que los DD. que entienden, que estas dos condiciones se han de entender disiunctiue, no se fundan solo en euitar el vicio de la superfluydad, como supone la duda (aunque se puede fundar q̃ue solo esto basta, segun lo flexible de la diccion *ET*) sino en lo inuerificable de la cõdicion sine liberis, quo ad vtramque partem, en la menor edad, y por la repugnancia, y lo incompatible de las dos condiciones, que es vno de los principales casos de la excepcion de la coniunctiua; y assi en este caso, por no entenderla con la propriedad de la coniunctiua, no se incurre en el inconbeniente de ir contra la carta, pues antes bien fueramos contra la carta, si en el caso de la excepcion la quisieramos entender, como en el caso de la regla, de que se sigue, que el priuarle al heredero de la facultad de testar, y disponer entre viuos, en nuestro caso, no es ir contra, sino conforme a la letra, ni es grauar al heredero en mas casos que quiso el testador, sino en los casos que quiso; porque si bien regularmente, como supone la duda, la voluntad del testador siempre se presume ser de grauar menos al heredero, a cuyo fauor copulò las dos condiciones, confor me la propiedad de la diccioñ, *ET* iuxta tradita per *Fusarium d. quæst.* 455. esta regla tiene las mismas excepciones, que la coniunctiua, *ET*, en que se funda; y estando en el caso de la excepcion, no es buen argumento el de la regla, por donde se induce esta presuncion; antes bien se deue hazer el contrario argumento pues todas las excepciones son argumentos contra la regla, y en aquellos casos pierde su oficio la regla, di-

xolo lindamente el *tex. in l. 1. ff. de reg. iur.* que es como se sigue. *Regula est qua rem quæ est, breuiter enarrat, non vt ex regula ius sumatur; sed ex iure quod est, regula fiat. Per regulam igitur breuis rerum narratio traditur: & vt ait Sabinus, quasi causæ coniectio est,* QVÆ SIMVL VT IN ALIQVO VICIATA EST PERDIT OFFITIVM SVVM: Esto supuesto; es puntualissimo el lugar de *Fusario*, en la dicha *quæst. 455.* Donde assienta la regla *de que para admitir al substituto requiritur existentia vtriusque conditionis copulatæ*; conforme la propiedad de la diccion *ET*, que obra el diminuir el grauamen del heredero: y en el num. 6. dize. *Declaratur 1. non procedere in conditionibus si decesserit in pupilari ætate, & sine liberis, quia hæ conditiones resoluuntur in alternatiuam, vt dixi quæst. 433. vbi retuli disentientes*: Y si bien se me arguye con la question 433. a que se refiere, pretendiendo que en ella sintio lo contrario Fusario, respondo, que en la question 433. more solito refirio las dos opiniones; pero no dixo su sentir, solamente refiriendo la segunda opinion, que es la contraria, dixo: *Hanc ego probaui consulendo super testamento Laurentij de Gambatis*; y pone las razones en que se funda la opinion: y bien pudo responder assi en vna consulta, auiendo autores que apoyan aquella opinion, aunque el sintiesse por la contraria, como lo muestra en el dicho numero 6. donde expressamente, y sin cortapisa pone su sentir: en el qual caso se ha de estar al referente, aun quando se opusiera al relato: Y esto se manifiesta mas en aquel, *vbi retuli disentientes*. Prosigue Fusario en la misma question 455. num. 11. con otra excepcion a la regla del concurso de los dos copulados, diziendo: *Sexto declaratur non procedere quando copula po-*

*nitur*

*nitur inter contraria, vel incompatibilia, quia tunc resoluitur in disiunctiuam.* Y para prueua de esto allega a Pablo de Castro en el consejo 43. que es donde en las condiciones *de morir menor de edad y sin hyos*, resuelue que se han de entender, *morir menor, o mayor sin hyos*; de que se sigue, que Fusario tiene por excepcion de la regla la incompatibilidad, y que tiene por incompatibles estas dos condiciones, y que en dos partes de la question las da por excepcion a la regla del concurso de ambos copulados.

Buelbo aora a Fusario (porque es quien junta los DD. de la vna y otra parte, y quieren darmele por contrario) en la question 111. (a que se remite en la dicha question 433.) donde trata de las condiciones: *Si filius sine liberis, in pupilari ætate decesserit*, donde refiere tres opiniones; y a la primera, que afirma que solo es pupilar, le da sus ampliaciones y limitaciones, y la primera ampliacion en el num. 4. es: *Si testator dixisset si decesserit in pupilari ætate, & sine filijs, & hic cassus habet minus dubitationis, vt per DD.* y luego inmediatamente dize. *Contrariam opinionem quod ima sit compendiosa, tenet Ripa in l. centurio num. 94. Castrensis cons. 43. Alex. Trent. &c.* que son los que defienden, que estas condiciones *de morir menor de edad, y sin hijos*, se han de entender disiunctiue: De que se infiere, que alli Fusario no haze mas que referir: y en quanto dize, que el caso quando se añade, *ET*, *habet minus dubitationis, vt per DD. &c.* para los que siguẽ la opinion, de que en el caso de la question 111. (en que no entra el *ET*) solo es pupilar, dize la pura de la verdad, porque para aquellos es mas llano el caso de la copulatiua; pero Fusario alli no dize su sentir, ni en la question 433. (que es quando entra la copula) y en la question

stion 455. siente contra los vnos, y los otros en ambos casos; pues de las condiciones *de morir menor de edad, y sin hijos*, dize en dos partes, *que son excepcion de la regla, y que se han de entender disiunctiue*, como queda dicho; y para el caso quando no ay coniunctiua, dize en el num. 15. *Secundus cassus est quando inter conditiones non est copula, sed adest puntus, & isto cassu puntus stat loco copulæ, vnde hic cassus erit declarandus, iuxta tradita in præcedenti cassu* (que es el en que entra el *ET*,) assi con las excepciones referidas. De lo qual parece que se manifiesta que tengo a Fusario por mi parte, y a los que el allega, y vltra de los que traxe en el otro papel, sobre este punto, añado a *Menochio lib. 4. de præsum. præsum. 51. num. 12. Cobar. in cap. Raynuntius, §. 9. num. 2. vers. duodecimo*, a cuya autoridad sola pudiera deuer la decission de esta causa, sin que la modestia con que habla, en aquel *verior videtur* mengue la autoridad de su dicho, por ser su estilo esse; Y pocas lineas antes en el vers. decimo dixo. *Opinor*, en vn caso, hablando, del qual remata *quod communi consensu receptum est*.

Es de aduertir, que en el dicho vers. duodecimo dize Cobarrubias. *Nec quidquam refert dictum sit à testatore, si in ætate pupilari, & sine liberis deccesserit, vel si in ætate pupilari, sine liberis decesserit*; y lo mismo sintio Fusario en el *num. 15. de la d. quæst.* 455. De que se sigue, que todos los DD. que allega Fusario en la *d. quæst.* 111. que sienten, que en las condiciones: *Si decesserit in minori ætate, sine filijs*, la segunda comprehende a la mayor edad, hazen tambien a fauor, quādo se les añade la diccion *ET*, pues no ay distincion entre vno y otro caso, segun Cobarrubias, y Fusario lo sienten, y con mucha razon; porque si en el caso, si

mu-

*muriere in minori ætate, sine filijs*, la verosimil mente del testador, y lo inuerificable, è incompatible de tener hijos el menor, obra que si muere sin hijos, aunque mayor, se admita el substituto, lo mismo se ha de juzgar de las condiciones, *Si in minori ætate, & sine filijs*, Pues la diccion *ET*, en las casos de la excepcion no deue entenderse conforme su propiedad, segun la regla, como queda prouado; antes bien el entenderla conforme su propiedad, en los casos de la excepcion, es ir expresamente contra la letra, y destruyr la voluntad del testador.

De aqui se colige, quan sin atencion hablaron los Doctores que ponen su fundamento, en la propriedad de la diccion, *ET*, en aquellos casos, que son excepcion de la regla; pues aunque la regla es, que la segunda condicion copulada se pone, conforme su propiedad y la voluntad del testador, para disminuir el grauamen al heredo (como dize el dubio) però esto padece las excepciones que hemos señalado, en cuyos terminos estamos, y entonces es la voluntad del testador manifiestamente de grauar mas al heredero, como si dixera, *si muriere mi heredero menor y mayor, substituyo à Sempronio*: en este caso es sin duda que el testador no quiso poner la segunda condicion, para desgrauar al heredero, sino para grauarle mas, lo mismo es destas dos condiciones; *si muriere menor de hedad, y sin hijos* (que miran los dos tiempos de mayor y menor edad) por lo inuerificable, quoad vtramque partem de la segunda condicion, en la menor edad, y por lo incõpatible de ambas; de lo qual resulta manifiestamente, que el testador quiso subrogar la segunda en defecto de la primera, y que estuuiessen succedaneamente, *Ex eo quia respiciunt diuersa tempora*, Como

mo lo asienta, *Ramona, en el conf.* 30. *num.* 24. Que se trae por contrario, y yo le alego en mi fauor, en quanto confiessa, que estas dos condiciones, *Respiciunt diuersa tempora*, Pues la conjuntiua no puede obrar, que vno muera en diuersos tiempos juntamente, y como si el testador dixera, *si mi heredero muriere en el año 1645. y 1650. substituyo à Sempronio*, claro està, que no pudo ser su mente, que para entrar el substituto huuiesse de morir el heredero en los años de 45. y 50. juntamente, pues esto es imposible, aun quando resucitara, assi es imposible, el que mirando diuersos tiempos estas condiciones (esto es la mayor y la menor edad) como lo afirma *Ramona*, pueda dezirse, que se han de cumplir copulatiue, para admitir el substituto, antes bien es precisso sacar de aquel antecedente la contraria consequencia. Y si se repara bien en el lugar de *Ramona* (en que toca el punto incidenter) se verá que, *Quòd respiciunt diuersa tempora*, Lo afirma el: pero *que se ayan de entender copulatiue*, no lo afirma, sino solo refiere los que lo afirman: *Et eisdem fere*, Dize, *Seruatis terminis, in duabus illis conditionibus, si quis minor decesserit, & sine liberis, QVAMQVAM AD DIVERSA TEMPORA REFERANTVR, copuletiue, & non disjuntiue intelligi probat eleganter Curnan. in conf.* 126. *quem secuntur Iasson, &c.* Es de aduertir, que todos estos Autores, que refiere por la conjunctiua, se fundan en que estas dos condiciones, *Respiciunt tempus minoris hetatis tãtum*, donde procuran esforçar que cauen las dos; pero si ellos entendieran, como Ramona, *Que respiciunt diuersa temporà*, no firmaran a fauor de la conjuntiua. Y assi Ramona en este lugar vsò de sofisteria para traerlo a su proposito.

Pero

Pero porque estos Doctores que alega Ramona, y otros (los mas de los quales son consulentes) han dicho, que estas dos condiciones se han de cumplir copulatiue para que se admita el substituto, es menester examinarles la razon de sus dichos, como a los testigos. Con los que refiere Casanate, *en el cons. 4.* Hize esta diligencia en el otro papel, las razones que dan son las que señala el dubio, a que he pocurado satisfazer, mostrãdo, que ellos hablan mouidos de la propiedad de la diction, *ET*, conforme la regla, conforme la qual, ex voluntate testatoris, las condiciones copuladas, ponuntur ad diminuendum grauamen heredis, y nosotros en los casos de la excepcion de la regla.

Para euadir esta inuencible razon, procuran esforçarse ha prouar, que no son incompatibles estas condiciones, *de morir menor de edad, y sin hijos legitimos*, Porque el menor puede tener hijos, en aquellos casos raros que traen. A esto respondi en la otra alegacion q̃ escriui sobre este punto, lo q̃ dixo, *Alciato, in l. Centurio de vulgari*. Y por la razon que de nueuo añado, repito el lugar, ibi: *Minusq; recurrendum est ad eam sententiam, qua aliqui Pupilum sine liberis decedere, aiunt, quia reperti sunt, qui tali ætate filios susceperunt, qua aduc pubertati non sunt proximi, id enim nichil ad nos pertinet, lex nostra generaliter aliud præsumit, & ad ea minime adaptatur, quæ raro contingunt, verosimile certe est, haud quanquam crediturum testatorem, ex pupilo conceptum eum infantem esse, cum maximus poetarum. Homerus, natura incertos patres esse ostendat; posibile est per rerum naturam, mulierem vterum vndecim perpetuos menses ferre, quod Aristoteles, & M. vario tradiderunt, & tamen legislator noster, id nimis insolutum, seu imposible respuit;* De lo qual necessa-

cessariamente se sigue, que la razon que dan los DD. contrarios, de que puede engẽdrar el menor en aquellos casos raros que trahen, no es de consideracion. De que se sigue ser cierta la razon delos Doctores que hazen por mi parte, de que esta condicion, *sin hyos*, es incompatible con la menor edad, y que estas dos substituciones tiran a diuersos tiempos, y por consiguiente, que se han de entender disjunctiue, conforme la voluntad del testador, la qual resulta manifiestamente de auer añadido a la condicion de *morir de menor edad*, otra condicion (*Et sine filijs, & descendentibus legitimis*) Que no cabe en la menor edad; y assi consta, que quiso dezir, *si mi heredera muriere menor, o mayor sin hijos*, y por consiguiente, que en añadir la segunda condicion, su voluntad, no fue de desgrauar al heredero, sino de grauarle mas, pues las reglas siruen a la voluntad del testador, y no la voluntad del testador a las reglas.

De aqui se manifiesta la inconsequencia con que hablò Nata (Que es el que nos oponen con mayor esfuerzo) en las addictiones *al cons. 88. de Alex. lib. 7.* Donde auiendo dicho, *que en estas condiciones, de morir in minori ætate, VEL sine filys* (Que conforme lo dispuesto, *in l. generaliter, C. de instit. & substit.* se han de entẽder cõjunctiue, ex presumpta mẽte testatoris, fauore filiorum) *aunque muera mayor, como sea sin hijos, se ha de admitir el substituto*, Da la razon. *Quia dictæ duæ conditiones non posunt recte stare copulatiue, quia altera est superflua; videlicet illa, vel sine liberis, &c. Tum secundo, quia dictæ duæ substitutiones respiciunt diuersa tẽpora* (Que son la mayor, y la menor edad, que son incompatibles) *ita quod secunda est verosimiliter, imo MANIFESTE,*

*succedanea prima, siue in deffectum prima subrogate, ergo manifestum est mentem testatoris fuisse, quod staret alternatiue, & si prima condictio deficeret succederet secunda, & ex ea sola deberetur fideicommissum, secus, in l. generaliter, vbi verosimilis mens testatoris est oposita:* no se puede traer lugar, en la substancia, tan a nuestro fauor. Todo esto lo altera Nata, en el caso de entrar la conjunctiua, *ET*, en lugar del *VEL*, por la fuerça de la propiedad de la conjunctiua, sin reparar que las razones solidas, que dio en el primer caso, *de la incompatibilidad de poder estar conjunctiue, estas dos condiciones. Y de la mente contraria del testador*, militan igualmente, ora diga, *VEL*, que conforme la *d. l. generaliter*, Quando se junta a la condicion, *sine filys*, sumitur pro *ET*, ora diga, *ET*, que conforme lo dicho arriba, en estos casos (que son los de excepcion) sumitur pro *VEL*, y assi puede causar suma admiracion, que Nata, con vn motiuo tan friuolo, como el de la diccion, *ET*, menosprecie los fundamentos solidos alegados por el mismo. A que no satisface, con dezir, *Quod conditio sine liberis, ex quo copulatiue est adiecta, constat, quod est addiecta ad diminuendum, ergo non debet operari augmentum odiosi grauaminis, secus in cassu, in quo consuluit, vbi alternatiua, VEL est posita ad augmentum.* Esta razon de Nata es falsissima, pues es cierto, q̃ la alternatiua, *VEL* quando se junta a la condicion, sine *liberis*, stat pro *ET*, ex dicta l. gereraliter. (Y aunque nuestro testador en lugar de *Y sin hijos* pusiera, *O sin hijos*, procediera igualmente la duda, y la disputa de la conjuntiua.) Y entonces, *non ponitur adaugendum, sed ad diminuendum grauamen, iuxta naturam copula, pro qua stat.* Y si en el caso que pone Nata, de inqui-

 rir

*rir*, *in minori etate*, *vel sine liberis*, se pone para aumentar el grauamen, esto no lo obra la diccion *V E L*, que conforme la regla de la *ley generaliter* sumitur conjunctiue pro *ET*, sino la mente del testador colegida de la diuersidad de los tiempos de menor y mayor edad, y incompatibilidad de las condiciones, y assi deuen entenderse; como dize Nata, *succedaneamente, si muriere menor, ò mayor sin hijos*, y assi disjunctiue, contra lo dispuesto, *in d. l. generaliter proter contrariam testatoris voluntatem*; Esta misma diuersidad de los tiempos, y incompatiuilidad de la segunda condicion con la menor edad, y mente contraria del testador procede en el caso de estar la diccion *ET*, en lugar de *V EL*, pues es verdadero dezir, *quod he due conditiones non posunt recte stare copulatiue*, & *quod secunda est succedanea prime, siue in defectum prime subrogate proter manifestam testatoris mentem*, que son las razones de Nata, en los quales casos, como queda prouado, la diccion *ET*, non debet stare copulatiue secundũ regulã, sed disjunctiue prout in exceptionibus. Y assi las razones de Nata son a mi fauor, aunque su resolucion sea en contra, pues a la razon deue atenderse. Con lo que se ha dicho respondiendo a Nata parece que quedan respondidos los demas Doctores que siguen indispensablemente la propiedad de la conjuntiua en todo caso (aun contra la voluntad del disponiente) y juntamẽte en quanto yo he podido la duda.

Añado a lo dicho dos razones; La primera, que en nuestro caso no solo se pone la condicion *de morir menor de edad*, *y sin hijos legitimos* (en cuyos terminos ha corrido hasta aora esta disputa) sino la *de morir sin hijos y descendientes legitimos*, y es imposible,

que

que en ningun caso, por raro que sea, pueda el menor tener hijos y descendientes de ellos; y assi en este caso no ay disputa, como en el que trae Cobarrubias, *vbi supra*, ibi: *Si filius meus impubes decesserit sine liberis substituo Sempronium, tunc enim DUBIO PROCUL esset hæc substitutio, intra pupilarem etatem pupilaris, postea verò fideicommissaria.* Y la razon de no tener disputa este caso, parece que es, el ser imposible, que en ningun caso impubes procrehet liberos, nam eo ipso quod liberos generat eficitur pubes licet sit in minori ætate.

Sea la segunda razon; que Iuan Padre de Martin quando grauo a sus hijos substituyendolos en caso *de morir menores de edad, y sin hijos, y descendientes dellos legitimos*; los hijos que tenia eran menores de edad, como consta de su testamento, donde les nõbro tutores; y assi quiso preuenir el caso contingente *de morir menores de edad, y mayores sin hijos*. Pero Martin quando hizo testamento no nombrò tutores a sus hijos Martin, Isabel, y Beatriz, por ser mayores, y quando se refiriò Martin en su testamento a los vinculos puestos en el testamento de Iuan su padre, no pudo entender, que aquellas dos condiciones *de morir menor de edad, y sin hijos, y descendientes legitimos*, puestas en el testamento de su padre, auian de limitarse, y contenerse solamente en la menor edad; antes bien es fuerça, que entendiesse, que comprehendian tambien el morir sin hijos en la mayor edad, para el qual caso se refiriò Martin a los vinculos puestos en el testamento de Iuan su padre, que si bien con sus hijos no podia tener lugar la condicion *de morir menores de edad*, por ser mayores; pero podia tener lugar la segunda condicion *de morir sin hijos*,

y a

y a este caso tirò su relacion: *nam relatio non exhigit similitudinem relati, & referentis in omnibus, & per omnia sed iuxta finem disponentis, Casanate consil. 57. num. 74. & debet fieri ad id cui congruit, non cui incongruit, num. 75.* de que consta expressamente, que Martin en la relacion que hizo a los vinculos de su padre, quiso hazer el fideicomisso debaxo de la condicion *de morir sus hijos sin hijos, aunque mayores de edad*, de que se sigue, que en este vinculo de Martin, supuesto que quando el lo hizo, sus hijos eran mayores de edad, solamente ay vna condicion, que es *la de morir sin hijos*, con que cessa toda la disputa del concurso de las dos condiciones copuladas; pues en los hijos de Martin no pudo tener lugar la condicion, *de morir menores de edad*.

# Secundum Dubium.

*Doña Isabel, para que pudiera suceder en fuerza del dicho vinculo era necessario fuera mayor de edad que Doña Beatriz su hermana; y esta calidad no se presume, y no està articulada ni prouada, y pudiendolo ser Doña Beatriz, y no constando aquella quando muriò, que pudo ser despues que Doña Isabel, y que no era grauada a fauor de su sobrino; parece que Doña Esperanza no puede incluirse con dicho vinculo.*

## RESPUESTA.

Parece que del orden con que en dos partes de su testamento nombrò su padre a Isabel, y Beatriz, y del mismo orden con que en el suyo las nombra su hermano, y del orden con que las escriuen quantas cedulas se han dado en este processo, y en el de la lite penden-

te por vna y otra parte, quando se les ofrece nombrarlas, se saca la prueua de la mayoria de Doña Isabel; a mas de que ambas partes en processo confiessan, que Doña Isabel fue señora de Alfocea, que se entiende por el titulo antecedente; y esto (supuesto el vinculo) no pudo ser siendo menor Doña Isabel; sino es que premuriesse Doña Beatriz, ò le hiziesse voluntariamente lugar a su hermana menor, en los quales casos Doña Isabel sucedia a Beatriz en fuerza del vinculo, que llama a las hijas de mayor en menor, y assi con la obligacion de disponer en su hijo Luis; pero aun quando esto no procediera tan corrientemente, parece que se responde a la duda con el siguiente dilema, ò Doña Isabel fue mayor, ò menor: si mayor, no pudo vender; porque por el vinculo sucedio con obligacion de disponer en Luis su hijo: si menor, no pudo vender, por no pertenecerle a ella estos bienes, sino a Beatriz, de cuya premoriencia no consta, como dize la duda, luego inebitablemente queda excluydo el Señor de Huerto, que se funda en la vendiciõ. Vamos aora a la inclusion de mi parte. Es assi como dize la duda, que Doña Esperanza no se puede incluir por los vinculos, ni yo lo pretendo; pues los vinculos espirauan en Luis, por ser limitados, como lo eran los dexados por Iuan, que son los relatos; los quales no comprehendian sino a sus hijos, y a sus nietos de las hijas, en sus casos (ora quieran llamarlos personales, por no extenderse vltra de aquellas personas, ora reales, pero limitados a las personas a quien se imponen, y no perpetuos). La inclusion de Doña Esperanza es como se sigue (ora le perteneciessen estos bienes a Isabel, ora a Beatriz, que a vna de las dos es preciso que sea). Està articulado y prouado por Doña Esperanza. Que Martin el primero fue señor de Alfocea. Que murio so-

breuiuiendole Martin, Isabel, y Beatriz sus hijos legitimos, sin tener otros hijos legitimos: Que Martin murio sin hijos y descendientes legitimos, sobreuiuiendole Isabel, y Beatriz sus hermanas: Que Isabel de su matrimonio tuuo a Luis su vnico hijo. Que Beatriz no tuuo hijo alguno. Que ambas murieron ab intestato, sobreuiuiendoles Luis. *Y assi, auiendo sido señora su madre, por auer ella vendido, sucedio Luis por el fideicomisso contrauencional; pues por la vendicion se le quitaba a Luis la facultad de disponer: Y si fue Beatriz la señora le sucedio Luis su sobrino ab intestato.* Que Luis sucedio en el lugar de Alfocea, y fue señor. Que Luis murio ab intestato; por cuya muerte sucedio Doña Esperanza (que es de quien tiene drecho mi parte) como parienta mas propinqua, vnde bona descendunt, de quo inter partes nunquam fuit dubitatum, por tener articulado y prouado, que era nieta de Iayme, hermano que fue de Martin el primero.

## Tercium Dubium.

*AVnque Doña Isabel huuiera sucedido en fuerza de dicho vinculo, no parece fue con obligacion de disponer en sus hijos; porque el grauamen solamente se impone al heredero a quien dexa los bienes, y no a sus hijas, a cuyo fauor lo graua, como parece lo denoton aquellas palabras*, al qual dexo los bienes &c. con los vinculos puestos &c. *de que se colige, que el grauamen no sea real, sino personal y limitado a la persona del heredero.*

RESPVESTA.

Que este grauamen no es real, si lo real se toma id est perpetuo, como tampoco en este sentido lo fue el de los vinculos puestos en el testamento de Iuan, que da dicho; y se ve patentemente; pues (ora los llamen

rca-

reales, ó personales en el sentido explicado en la respuesta a la segunda duda, que esta es question de nombre) a lo sumo podia llegar hasta Luis, en quien quedaron los bienes libres; pero que supuestos los vinculos del testamento de Iuan, a que se refiere Martin su hijo en esta clausula de su testamento. *Dexo heredero mio vniuersal de todos los ditos bienes al dito Martin fillo mio, al qual dexo los bienes sitios que fueron de mi padre Iuan Diez de Aux, LOS DEXO CON LOS VINCVLOS PVESTOS EN EL TESTAMENTO DE MI PADRE, y los que fueren de mi aguela Layma de Bielsa, con los viuculos puestos en su testamento.* Ayan de limitarse a sola la persona de su hijo, ni esto parece conforme la mente, ni conforme la letra. De la mente, dixo *Casanate cons.* 15. *num.* 25. *eam interpretationem sumendam, etiam contra propriam verborum significationem, ne sit melioris conditionis minus dilectus, quam magis dilectus*: y para la mente tambien es considerable la discretiua locució del testador Martin en los bienes de su padre, y los bienes de su aguela, que los dexa a su hijo Martin, *con los vinculos dexados por su padre, y aguela respectiue*; y si toda esta maquina de vinculos distintos huuieran de rematar y limitarse a sola la persona de Martin su heredero, fuera vna vana, y ociosissima distincion. De la letra, ya se vé que dixo *con los vinculos puestos en el testamẽto de mi padre* y aun no dixo *con los vinculos con que mi padre me los dexò*, que es donde podia auer alguna razon de dudar sino con aquella indefinita, que æquipolet vniuersali; y assi todos aquellos vinculos del testamento de Iuan habentur pro repetitis, & translatis en el testamento de Martin su hijo, per similitudinem, dixolo lindamente *Casanate cons.* 47. *num.*

107. & 110. *Relatio fit breuitatis gratia vt posita in capitulo ad quod se remitit habeantur pro repetitis, & translatis, & denotat similitudinem*, y en el consejo 57. num. 83. añadio. *Fit relatio generalis, & pluralis, non ad vinculum sed ad vincula, vnde non debet in singulari, sed in plurali consistere, & sic ad omnia referri, maxime vbi plenius prouidetur*, a mas de que, el querer limitar estos vinculos a sola la persona de Martin, es dar en el inconueniente, que a otro proposito señalô *Socino junior consil. 75. num. 20. lib. 3.* ibi: *Quo sic posito si diceremus, quod in bonis emendis testator voluerit tantum facere fideicommissum inter illas personas actibe & passiue inter quas fecerat Laurentius pater eius fideicommissum, sequeretur quod solus Ioannes Baptista posset dici grauatus, & sibi ipsi, cum ille tantum per Antonium sit institutus, ex his, inter quos vigebat fideicommissum paternum, quod dicendum non est, quia nemo sibi ipsi grauatur*, y si los vinculos se huuieran de restriñir a la persona de Martin, ni en quanto a su persona Doña Isabel pudiera sucederle; porque no tuuiera llamamiento Doña Isabel por el vinculo limitado a solo à Martin; y si Isabel, conforme lo supone la duda, tuuo llamamiento por los vinculos, y sucedio por ellos; no pudo esto ser sin la obligacion de disponer en sus hijos; pues cō esta obligaciō y no de otra manera estan llamadas las hijas; y el llamamiento no es diuisible de la obligacion. Saluo &c. â 4. Setiembre 1645.

*D. Miguel Geronimo Martel, Chantre de la Santa Iglesia de Zaragoça.*

*Iuan Christoual de Suelues.*

*Don Iayme Azuarez.*